

**ANDRÉ LUIZ CAMPOS DAS NEVES RIBEIRO**

**PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A DISCRICIONARIEDADE DO  
JUÍZO EM HOMOLOGAR O PLANO DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL**

**CUIABÁ-MT**

**2011**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO – UFMT**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**ANDRÉ LUIZ CAMPOS DAS NEVES RIBEIRO**

**PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A DISCRICIONARIEDADE DO  
JUÍZO EM HOMOLOGAR O PLANO DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL**

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Mato  
Grosso - UFMT, como exigência parcial  
para obtenção do grau de Especializada em  
Direito Empresarial, sob orientação do  
Mestre e Professor Orlando Ourives.

**CUIABÁ-MT**

**2011**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO – UFMT**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**CUIABÁ-MT**  
**2011**

## **APRECIÇÃO**

---

---

---

---

---

*Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois sem ele nada seria possível. Aos meus pais, que sempre me apoiaram nos momentos mais difíceis, bem como a minha esposa Thádia Cristina, que sempre esteve ao meu lado.*

*Agradeço em especial a Me.. Prof. Orlando Ourives, que mesmo com as dificuldades da vida, soube me dar a devida atenção e o carinho necessário na orientação do meu trabalho.*

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO I	
LEGISLAÇÃO FALIMENTAR.....	09
1.1. Noções gerais sobre a legislação falimentar e suas principais alterações.....	09
1.1.1. Noções Históricas.....	12
1.1.1.1 Direito Falimentar no Brasil.....	15
1.1.2. Natureza Jurídica da Falência e Recuperação Judicial.....	18
1.1.3. Âmbito e incidência da Lei.....	19
1.1.4. Conceito de empresário.....	19
1.2. Princípios gerais da legislação falimentar.....	25
CAPÍTULO II	
DA AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	30
2.1. Da competência.....	30
2.2. Disposições gerais da legislação aplicadas à recuperação judicial e falência.....	32
2.3. Do procedimento da recuperação judicial.....	35
2. 3.1. Do pedido de recuperação judicial (quem pode requer art. 47).....	35
2. 3.2. Dos créditos sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.....	36
2. 3.3. Da função do administrador judicial e comitê de credores.....	37
2. 3.4. Da verificação e habilitação do crédito.....	39
2. 3.5. Pressupostos legais do pedido de recuperação judicial.....	40
2. 3.6. Meios de recuperar a empresa, segundo a legislação falimentar.....	42
2. 3.7. Do plano de Recuperação Judicial.....	44
2. 3.8. Das objeções ao plano e assembléia de credores.....	45
CAPÍTULO III	
DA DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO EM HOMOLOGAR O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	49
3.1. A Hermenêutica de Hart-Dworkin.....	49
3.2. A Discricionariedade do Juiz .....	52

3.3. Homologação do Plano aprovado em Assembléia de Credores.....	54
3.4. Imposição do Plano de Recuperação Judicial.....	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
BIBLIOGRAFIA .....	62

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo geral tratar da nova legislação falimentar, que muito embora já tenha completado mais de 05 (cinco) anos de existência, ainda atrai inúmeros questionamentos por parte da doutrina e da jurisprudência.

Todavia, salienta-se que o presente estudo não tem a finalidade de esgotamento do assunto, mas sim de proporcionar discussões a respeito do tema por meio de uma pesquisa bibliográfica e interdisciplinar.

Para a realização deste trabalho foi utilizado o método dedutivo, já que o tema principal diz respeito ao direito processual, sendo certo que para análise do direito empresarial seria mais adequado o método indutivo.

O trabalho baseia-se em pesquisa bibliográfica, dividindo-se este em três capítulos.

Tratam de três partes argumentativas: Na primeira, serão discutidas as questões acerca da legislação falimentar, conceitos e princípios, bem como noções históricas e natureza jurídica.

Na segunda parte, abordar-se-á, especificamente a ação de recuperação judicial, especificidades sobre o tema e os requisitos específicos do referido procedimento.

O terceiro capítulo discorrerá sobre o tema específico do presente trabalho monográfico, abrangendo a discricionariedade do juízo em homologar ou não o plano de recuperação judicial.

Por fim, ressaltamos, que algumas inscrições foram abreviadas, sendo elas as seguintes: Código de Processo Civil (CPC); Código Civil Brasileiro (CC) Constituição Federal (CF) e Lei de Recuperação Judicial e Falência (LRF).

## **CAPÍTULO I**

### **LEGISLAÇÃO FALIMENTAR**

#### **1.1. Noções gerais sobre a legislação falimentar e suas principais alterações.**

A legislação falimentar durante muito tempo vem sofrendo inúmeras alterações, que decorrem da alternância que a sociedade sofre ante sua constante dinâmica.

Se antes o legislador se preocupava com a distribuição dos bens das empresas insolventes, atualmente, o fim primordial consiste na preservação da atividade empresarial, para então, em caso de insucesso, instaurar o concurso de credores e a repartição do patrimônio das empresas.

Como principais alterações da norma falimentar, tem-se que a medida judicial de preservação do devedor deixa de ser a concordata (preventiva ou suspensiva) e passa a ser a recuperação judicial.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, as principais diferenças entre tais ações consistem no acesso do empresário ao procedimento, já que na concordata, somente faria jus o empresário que preenchesse todos os requisitos da norma legal, enquanto que a recuperação judicial, privilegia aquele empresário cuja atividade econômica possa ser reorganizada.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> COELHO, FÁBIO ULHOA. Comentário à nova lei de falências e de recuperação judicial de empresas. 6ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. XL.

Enquanto a concordata atingia somente os credores quirografários, a recuperação judicial sujeita “todos” os credores, inclusive os que titularizam privilégio ou preferência, sendo que o pagamento dos créditos trabalhistas possuem limite legal para pagamento de 01 (um) ano.<sup>2</sup>

Enquanto na concordata o sacrifício imposto aos credores encontra-se previamente previsto na lei e é da unilateral escolha do devedor, na recuperação judicial tal sacrifício deve ser delineado no plano de recuperação, não havendo limitações legais, cabendo a aprovação do mesmo aos credores e suas classes.<sup>3</sup>

Ademais, a concordata preventiva não consiste instituto próprio da recuperação da atividade econômica. Segundo o professor Luiz Antônio Guerra da Silva, em sua entrevista à Revista Consulex, “historicamente a legislação nunca preocupou-se com a preservação da atividade econômica. Vislumbrando-se dificuldades econômico-financeira o caminho sempre foi a declaração da falência”<sup>4</sup>.

O pedido de falência por sua vez perde em parte sua característica coercitiva, ou seja, como meio de cobrança de dívida.

A venda dos bens do falido poderá ser feita desde logo, não havendo mais a necessidade da conclusão da fase cognitiva do feito, preservando assim os bens tidos por perecíveis ou sujeitos a consideráveis desvalorizações, de conservação arriscada, bem como dispendiosa.

Tais alterações evidenciam a preocupação quanto a preservação da empresa, mesmo que falida, bem como a celeridade do procedimento, pois muito embora a fase cognitiva seja considerada árdua e morosa, a recuperação do crédito não será prejudicada, pois com a alienação antecipada do patrimônio da atividade insolvente, o dinheiro será

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> SILVA. Luiz Antônio Guerra da, Revista Consulex. Ano IX – n.º

vinculado ao processo falimentar, evitando desse modo a desvalorização do patrimônio e do próprio direito de crédito.

Ainda sobre a alienação do bem do falido, dispõe a legislação falimentar uma ordem de preferência, bem como nova modalidade de venda (leilão ou proposta, entre outras palavras, leilão), que poderá ser escolhida dentre os demais meios já conhecidos.

A participação do Ministério Público também possui substanciada alteração, sendo que o mesmo não mais precisa intervir em todos os processos de que seja parte a massa falida, ou até mesmo do pedido de falência.

Acerca da participação do Ministério Público, cumpre-se destacar que tal questão reveste-se de inúmeros questionamentos no judiciário, principalmente no que concerne à recuperação judicial, onde a intervenção judicial ocorre somente em casos específicos.

Diversamente da nomenclatura adotada pela legislação anterior, o antigo síndico passa a chamar-se administrador judicial, alterando-se os critérios de sua remuneração, definindo-a como crédito extraconcursal.<sup>5</sup>

Sua autonomia por sua vez é reduzida, criando a lei um novo órgão deliberativo, bem como que em alguns casos até consultivo, denominado comitê de credores.

É alterada a ordem de classificação dos créditos, sendo que as principais mudanças consistem na inclusão das vítimas de acidentes de trabalho na classe de credores trabalhistas, bem como que os titulares de garantia real passam a ter preferência sobre os credores fiscais.<sup>6</sup>

Os credores que por ventura concederem crédito após o pedido de recuperação judicial e durante sua tramitação também serão privilegiados no seu recebimento, considerando-os a norma legal credores extraconcursais.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Ibidem.

As habilitações bem como as verificações de créditos são realizadas de forma diversa da lei anterior, sendo imputado ao devedor a apresentação da listagem dos seus credores, bem como de competência do administrador judicial a análise das divergências apresentadas contra tal listagem. Somente em caso de manutenção da lista apresentada pela empresa devedora e permanência da discordância do credor é que será submetida a discussão ao judiciário.

Tal situação proporcionou maior celeridade ao feito falimentar, já que a análise administrativa dos créditos não exige a presença de advogado, bem como que possui prazo peremptório ao administrador nomeado pelo juízo, pois o retardamento injustificado do dever legal possibilitará, após análise prévia do judiciário, a desconstituição da honraria judicial.

A ação revocatória passa a ser cabível apenas na hipótese de ineficácia subjetiva, sendo que para ineficácia objetiva a norma prevê a declaração por simples despacho no processo falimentar, ação própria ou medida incidental.

### **1.1.1. Noções Históricas.**

O direito de crédito sempre teve a atenção das sociedades, mesmo das mais antigas.

Na Roma antiga, os devedores tinham suas vidas vinculadas a dos seus credores, ou seja, estes respondiam com sua própria liberdade, quiçá sua própria vida. A garantia do credor consistia na pessoa do devedor, podendo desse modo os mesmo tornar-se escravo do credor por certo tempo, bem como entregar-lhe para pagamento de sua dívida uma parte do seu corpo.<sup>7</sup>

Somente a partir da edição da *Lex Poetelia* em 428 a.C., foi proibido o encarceramento ou venda como escravo dos devedores, preservando-se sua vida e sua

<sup>7</sup> RAMOS, ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ. Curso de direito empresarial. 4ª ed. rev. ampl. Atual. Bahia: Jus Podivm. 2010. p. 624.

integridade física, atingindo a cobrança do crédito somente seu patrimônio.<sup>8</sup>

Muito embora a vida e integridade física e moral dos devedores fosse objeto de proteção, atingindo-se a cobrança somente o patrimônio existente, restou em aberto o problema com relação aos casos quando inexistissem bens para solver os débitos, ou quando estes fossem insuficientes para tal medida.

A essa problemática a doutrina comercialista se respaldou no Código de Justiniano, que previa uma execução especial contra o devedor insolvente: “tratava-se da chamada *missio in possessi bonorum*, através do qual os credores adquiriam a posse comum dos bens do devedor, sendo estes administrados por um curador”<sup>9</sup>.

Já na Idade Média, o direito comercial começa a ser propriamente construído, instante em que começam as compilações dos usos e práticas mercantis, prevendo também tal sistemática normativa uma execução especial para os devedores insolventes, legislações tidas por precursoras do atual direito falimentar, não havendo, no entanto, distinções quanto aos devedores, ou seja, a execução especial poderia ser utilizada indistintamente.<sup>10</sup>

A codificação napoleônica provocou mudanças profundas no direito italiano, segregando em dois ramos distintos o direito civil e o direito comercial, sendo que o primeiro consistiria no regime jurídico geral e o segundo ao regime jurídico especial, destinado à atividades do comércio, identificado pela antiga teoria de atos de comércio.<sup>11</sup>

As mudanças introduzidas pelo código de Napoleão também causaram conseqüências ao direito falimentar, já que diversamente da Idade Média, o processo especial de execução era restrito aos devedores insolventes que revestiam da qualidade de comerciantes, sendo aplicável aos insolventes civis o regimento jurídico geral, ou seja, direito civil.<sup>12</sup>

8 Ibidem.

9 Ibidem. p. 625.

10 Ibidem. p. 625.

11 Ibidem. p. 625.

12 Ibidem.

Uma característica, no entanto, perpetuou pelo tempo, qual seja, o caráter repressivo e punitivo do devedor.

Com o avanço da economia e a evolução da sociedade, bem como da atividade empresária, que antes era definida pelos atos de comércio e atualmente pela concepção legal de empresa, o processo falimentar, acompanhando as mudanças sociais, vê-se obrigado a adaptar-se a novos paradigmas, sendo a falência considerada uma patologia de mercado inerente aos devedores desonestos, passando a ser vista com outros olhos e analisada sob novas perspectivas.

Com o desenvolvimento econômico a partir da revolução industrial, e o acentuado e progressivo processo de globalização mundial, houveram inúmeras e relevantes alterações na conjuntura sócio-econômica, exigindo do operador do direito uma reformulação dos princípios e institutos falimentar.<sup>13</sup>

A noção de insolvência com sentido pejorativo começa a ser revista, passando a ser considerado fenômeno normal inerente ao risco empresarial, sendo que não só os desonestos como qualquer devedor pode atravessar crises econômicas.<sup>14</sup>

O reconhecimento da função social da empresa e os efeitos prejudiciais à sociedade quanto à paralisação de certos agentes econômicos, fez com que o legislador adotasse a permanência do devedor em crise ao invés de sua sumária exclusão do meio empresarial, ante a possibilidade de sua recuperação e da conseqüente manutenção de sua atividade econômica, que gera empregos e contribui para o progresso econômico e social.<sup>15</sup>

A legislação é reflexo dos interesses sociais, pelo menos em tese, e com a preservação da empresa, o sistema normativo foi adaptado para a manutenção da atividade empresária.

Desse modo, atualmente o direito falimentar não mais tem como característica

13 Ibidem.

14 Ibidem.

15 Ibidem.

a preocupação preponderante de punir o devedor insolvente, criminalizando sua conduta e excluindo-o do mercado a todo custo. A grande preocupação do direito falimentar é a preservação da empresa, tentando assim a legislação fornecer ao devedor em crise todos os instrumentos necessários à sua recuperação, reservando à falência apenas para devedores realmente irrecuperáveis.

#### **1.1.1.1 Direito Falimentar no Brasil.**

Segundo Rubens Requião, vieram de Portugal as primeiras legislações falimentares do Brasil.<sup>16</sup>

Na época do Brasil Colônia, as normas jurídicas no Brasil eram formadas com diversos regramentos, oriundas de outros países mais desenvolvidos.<sup>17</sup>

O Brasil nesse período esteve sujeito às ordens do Reino de Portugal, vigorando no referido período as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e, por fim, as Ordenações Filipinas.<sup>18</sup>

Como essas Ordenações eram fortemente influenciadas pelo direito estatutário italiano, elas continham “regras falimentares” extremamente severas com o devedor.<sup>19</sup>

Dentre as regras falimentares aplicáveis ao já mencionado período, os doutrinadores, a fim de explicitar o rigorismo da legislação, citam como destaque o Alvará de 1756, promulgado pelo Marques de Pombal, que obrigava o devedor a comparecer à Junta Comercial e lá entregar as chaves de seus armazéns e seu livro Diário, bem como declarar os seus bens, instante em que os credores eram convocados via edital para receber o que tinham direito, sendo que 90% do patrimônio era liquidado para pagamento do débito, restando

16 REQUIÃO, RUBENS. Curso de direito falimentar. 17.ed.1.v. São Paulo:Saraiva, 1998, p.21.

17 Ibidem.

18 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. Cit. p. 628.

19 Ibidem.

somente 10% para a sobrevivência do devedor.<sup>20</sup>

Tais exigências, muito embora pareçam num primeiro momento rigorosas demais, se perpetuaram no tempo, sendo que algumas encontram-se vigentes até os dias de hoje, é o caso dos registros de contratos sociais e balanços realizados necessariamente nas juntas comerciais.

A Lei 556 de 1850, mais conhecida como Código Comercial, estipulava em seu capítulo “Das Quebras” a obrigatoriedade do comerciante de anunciar no Tribunal Comercial a impossibilidade de saldar suas dívidas.<sup>21</sup>

Provavelmente foi por intermédio dessa obrigação que nasceu o atual cadastro de inadimplentes (p.ex. SERASA e SPC).

Rubens Requião ainda ressalta que neste período inexistia a chamada concordata preventiva, admitindo-se somente a suspensiva, que não dependia de decisão judicial. Surgiu ainda no referido período a chamada “moratória”, que diversamente da concordata suspensiva, dependia de decisão judicial.<sup>22</sup>

Ante a possibilidade de fraudes, bem como a inadequação da norma legal à situação econômica vivida, foi necessário que o legislador adotasse novas sistemáticas, com fins diversos do antigo código comercial.

Mesmo após inúmeras modificações na legislação, porém sem sistemas que trouxessem maior segurança ao processo falimentar, foi criada uma nova lei de falência em dezembro de 1929, quando foi editado o Decreto n.º 5.746, que manteve a estrutura da lei anterior, não havendo, no entanto qualquer harmonia com a realidade econômica e social.<sup>23</sup>

E foi nessa desarmonia que foi criado o Decreto-Lei n.º 7.661/45, que segundo

20 Ibidem.

21 Ibidem.

22 Ibidem.

23 Ibidem.

Trajano Miranda Valverde, “os 40 anos seguintes foram demasiadamente complicados pois:”<sup>24</sup>

“No seu percurso até a república, foi o Código Imperial sofrendo algumas alterações, provadas quase todas por situações urgentes a resolver. Segue explanando que: Durante os quarenta anos que vigorou a legislação falimentar do código, cujo processo, por demasiado lento, oneroso, não satisfazia os interesses do comércio, não defendia suficientemente o crédito, críticas e projetos de reformas não faltaram.”

Conforme Valverde, ainda:

“O Decreto Republicano n.º 917, de 24 de outubro de 1980, da lavra do eminente jurista Carlos de Carvalho, mudou totalmente a estrutura da legislação até então vigente, marcando a segunda fase da evolução do instituto de falência. O decreto não veio a ser acreditado, a convergência de numerosos fatores, emergentes da situação difícil por que atravessávamos; a mudança brusca do sistema falimentar; a facilidade que tinham os devedores de afastar a decretação da falência.”

Salienta ainda o jurista Valverde, que aliás, foi quem editou o anteprojeto de lei de falências, utilizado até início do ano de 2005, a primeira guerra mundial foi um dos fatores que mais colaborou para a alteração da lei.

A partir da década de 80, todavia houveram inúmeras transformações sociais e econômicas, decorrentes do processo de globalização, que começaram a ser sentidas no Brasil de forma mais intensa, o que exigiu mais uma vez, a reformulação da legislação falimentar nacional.<sup>25</sup>

Após mais de 10 (dez) anos de tramitação, o regime jurídico falimentar foi sensivelmente alterado, sendo que mais 400 (quatrocentas) emendas foram propostas e 5 (cinco) substitutivos foram apresentados. No dia 09 de fevereiro de 2005, com vigência a partir de 09 junho do mesmo ano, entrou em vigor a Lei 11.101, alterando radicalmente todo o

24 VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à lei de falências. 4. ed. rev. e atual. por J. A. Penalva Santos e. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p. 10.

25 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. Cit. p. 629.

conceito de falência e empresa.<sup>26</sup>

### **1.1.2. Natureza Jurídica da Falência e Recuperação Judicial.**

A grande polêmica acerca da natureza jurídica do direito falimentar encontra-se na definição do mesmo, ou seja, se esta consiste em instituto de direito material ou de direito processual.<sup>27</sup>

Sérgio Campinho, acolhendo os ensinamentos de Carvalho Mendonça, bem como citado pelo professor Ramos, afirma que a discussão em questão é “acadêmica e inócua” e lembra que ela atravessa os mais variados ramos da árvore jurídica, contendo normas “de fundo e de forma, não havendo que se falar na prevalência do caráter material ou processual do instituto, pois a feição híbrida lhe é peculiar”.<sup>28</sup>

De fato, não há como não reconhecer o sistema híbrido da legislação falimentar, pois ora confere natureza nitidamente processual, no que se refere à execução concursal do devedor insolvente, ora regula questões materiais, como os efeitos da decretação da quebra em relação aos bens, à pessoa, aos contratos e aos atos do falido.<sup>29</sup>

Já com relação ao processo de recuperação judicial, define Lídia Valério Marzagão que o mesmo possui natureza contratualista, ante a participação efetiva de todos os credores representados em Assembléia Geral de Credores, que terão o poder de aprovar ou não o plano de recuperação apresentado pelo devedor.<sup>30</sup>

Nessa mesma linha de raciocínio, o professor Amador Paes de Almeida afirma que “conquanto contenha elementos próprios, a recuperação judicial não perde a sua afeição

26 Ibidem..

27 Ibidem.

28 RAMOS. Apud: CAMPINHO, Sérgio.

29 Ibidem.

30 RAMOS. Apud. MARZAGÃO. Lídia Valério.

contratual”.<sup>31</sup>

Outra parte da doutrina entende que a recuperação judicial tem natureza jurídica de uma ação, assim entende Waldo Fazzio<sup>32</sup>:

“Diz a LRE que a recuperação judicial é uma ação. Ação de conhecimento da espécie constitutiva acrescente-se. Inaugura uma nova conjuntura jurídica, modificando a índole das relações entre o devedor e seus credores e, bem assim, entre o devedor e seus empregados. Para não dizer, entre devedor e a atividade empresarial que exerce.”

### **1.1.3. Âmbito e incidência da Lei.**

Segundo Fábio Ulhoa, a nova Lei de Falências tem o mesmo âmbito de incidência da anterior. Ela aplica-se à execução concursal, bem como os meios de tentar evitá-la.<sup>33</sup>

Desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o sujeito à normas do Direito Comercial passou a ser identificado segundo os ditames da empresa, dependendo assim do exame de tal teoria para melhor delinear a incidência da Lei falimentar.

### **1.1.4. Conceito de Empresa.**

O Código Civil não definiu diretamente o que vem a ser empresa, mas estabeleceu o conceito de empresário, que está previsto no seu art. 966, o qual dispõe que: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”<sup>34</sup>

Fábio Ulhoa conceitua empresa como sendo “a atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e

31 ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de falência e recuperação de empresa. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 299.

32 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova lei de falências e recuperação de empresas. 2005. São Paulo: Atlas, p. 225.

33 COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit. p. 1..

34 BRASIL. Site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acessado dia 27/09/2011.

tecnologia). Esse modo de conceituar empresa, em torno de uma peculiar atividade, embora não seja totalmente isento de imprecisões, é corrente hoje em dia entre os doutrinadores”.<sup>35</sup>

Segundo Ramos, empresa consiste em “atividade, algo abstrato”. Empresário, por sua vez, é quem exerce empresa. Assim empresa não é sujeito de direito. Quem é o sujeito de direito é o titular da empresa, ou seja, o empresário, que pode ser pessoa física (empresário individual) ou pessoa jurídica (sociedade empresária)<sup>36</sup>.

Importante destacar que a legislação civil também se preocupou em estabelecer algumas vedações ao exercício de empresa, bem como disciplinou detalhes sobre a atuação do empresário casado.

Dentre as vedações encontram-se a constante no art. 972 do CC que dispõe o seguinte: “Art. 972. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.”<sup>37</sup>

Além de vedações o código civil trouxe impedimentos, sendo eles os seguintes: Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios. § 1o Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.”<sup>38</sup>

A sua natureza jurídica é aspecto bastante controvertido. Rubens Requião destaca três correntes:<sup>39</sup>

35 COELHO, Fânio Ulhoa. Op. Cit. p. 1.

36 Ibidem.

37 BRASIL. Site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acessado dia 27/09/2011.

38 Ibidem.

39 REQUIÃO, RUBENS. Op. Cit. p. 5.

a) Empresa como sujeito de direito: entendo que essa corrente não é a mais correta, pois a empresa não possui personalidade jurídica, e nem pode possuí-la, e, conseqüentemente, não pode ser entendida como sujeito de direito, já que ela é a atividade econômica que se contrapõe ao titular dela, isto é, ao exercente daquela atividade. O titular da empresa é o que denominamos de empresário;

b) Empresa como objeto de direito: corrente defendida por Rubens Requião, Marcelo Bertoldi e José Edwaldo Tavares Borba. Entende-se que também não é a melhor solução, pois não se pode conceber uma atividade como objeto de direito, não se pode vislumbrar a empresa como matéria dos direitos subjetivos, principalmente dos direitos reais, vale dizer, a atividade de per si não pode ser transferida;

c) Empresa como fato jurídico em sentido amplo: como a empresa não se trata nem de sujeito nem de objeto de direito, enquadra-se perfeitamente na noção de fato jurídico em sentido amplo. Tal noção parece-nos mais adequada que a de ato jurídico, pois falamos da atividade, do conjunto de atos, e não de cada ato isolado, que poderia ser enquadrado na condição de ato jurídico.

## **1.2. Princípios gerais da legislação falimentar.**

Para melhor compreensão dos princípios previstos pela nova legislação falimentar, nada melhor do que a transcrição do parecer da comissão de assuntos econômicos do Senado, casa que aliás, foi o ponto de partida na construção da legislação falimentar atual, que assim dispõe:

“1. Preservação da empresa: em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.

2. Separação dos conceitos de empresa e de empresário: a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes.

3. Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis: sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária ainda que com modificações o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial.

4. Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis: caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades com dificuldades insanáveis na condução do negócio.

5. Proteção aos trabalhadores: os trabalhadores, por terem como único ou principal bem sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas com instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados.

6. Redução do custo do crédito no Brasil: é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico.

7. Celeridade e eficiência dos processos judiciais: é preciso que as normas procedimentais na falência e na recuperação de empresas sejam, na medida do possível, simples, conferindo-se celeridade e eficiência ao processo e reduzindo-se a burocracia que atravancava seu curso.

8. Segurança jurídica: deve-se conferir às normas relativas à falência, à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar que múltiplas possibilidades de interpretação tragam insegurança jurídica aos institutos e, assim, fique prejudicado o planejamento das atividades das empresas e de suas contrapartes.

9. Participação ativa dos credores: é desejável que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, diligenciando para a defesa de seus interesses, em especial o recebimento de seu crédito, otimizem os resultados obtidos com o processo, com redução da possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa da massa filiada.

10. Maximização do valor dos ativos do falido: a lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deterioração provocada pela demora excessiva do processo e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis. Desse modo, não só se protegem os interesses dos credores de sociedades e empresários insolventes, que têm por isso sua garantia aumentada, mas também diminui-se o risco das transações econômicas, o que gera eficiência e aumento da riqueza geral.

11. Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte: a recuperação das micro e pequenas empresas não pode ser inviabilizada pela excessiva onerosidade do procedimento. Portanto, a lei deve prever, em paralelo às regras gerais, mecanismos mais simples e menos onerosos para ampliar o acesso dessas empresas à recuperação.

12. Rigor na punição de crimes relacionados à falência e a recuperação judicial: é preciso punir com severidade os crimes falimentares, com o objetivo de coibir as falências fraudulentas, em função do prejuízo social e econômico que causam. No que tange à recuperação judicial, a maior liberdade conferida ao devedor para apresentar proposta a seus credores precisa necessariamente ser contrabalançada com punição rigorosa aos atos fraudulentos praticados para induzir os credores ou o juízo a erro”.<sup>40</sup>

Com base nos princípios acima, foi instituída a base da nova legislação falimentar, que foi resumida no seguinte artigo normativo:

“Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”<sup>41</sup>

Verifica-se que atualmente o objetivo maior do legislador consiste na

40 BRASIL. Site - <http://falimentar.blogspot.com/2008/06/principios-fundamentais-da-nova-legislao.html>. Acesso dia 30/09/2011.

41 BRASIL. Site - [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acesso dia 30/09/2011.

continuidade da empresa, ao contrário do que ocorria no passado, onde a execução concursal consistia em meio hábil para penalizar o devedor.

No entanto, mesmo com ampla flexibilidade na recuperação empresarial, o legislador não se esquivou de precaver-se da utilização do instituto para fins diversos do que foi proposto, ou seja, meios fraudulentos ou simulados, impondo assim rigor excessivo para tais casos.

## CAPÍTULO II

### DAAÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

#### 2.1. Da Competência.

Nos termos da legislação falimentar, “é competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.” (art. 3ª da Lei 11.101/2011)<sup>42</sup>

O núcleo do dispositivo acima destacado, consiste na definição de principal estabelecimento do devedor, questão que aliás encontra-se sedimentada nas discussões doutrinárias e no judiciário.

Fábio Ulhoa destaca que referido dispositivo legal é equivalente ao da legislação anterior, previsto no revogado art. 7º.<sup>43</sup>

Quando o empresário ou sociedade empresária possui um só estabelecimento, inexistente discussão a fim de delimitar o conceito legal de principal estabelecimento do devedor, no entanto, exercendo a empresa sua atividade em mais locais, abrangidas inclusive por diferentes jurisdições territoriais, faz-se necessário discutir os contornos do conceito.<sup>44</sup>

Segundo Ulhoa, por principal estabelecimento entende-se:

“... não a sede estatutária ou contratual da sociedade empresária devedora, a que vem mencionada no respectivo ato constitutivo, nem o estabelecimento maior física ou administrativamente falando. Principal estabelecimento, para fins de definição da competência para o direito falimentar, é aquele em que se

42 BRASIL. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acesso dia 01/10/2011.

43 COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit. p. 26.

44 Ibidem.

encontra concentrado o maior volume de negócios da empresa; é o mais importante ponto de vista econômico.”

Ramos possui o mesmo entendimento, definindo principal estabelecimento como sendo aquele ligado:

“... ao aspecto econômico: é o local onde o devedor concentra maior volume de negócios, o qual, frise-se, muitas vezes não coincide com o local da sede da empresa ou do seu centro administrativo.”<sup>45</sup>

A jurisprudência também é uníssona a esse respeito, consoante se infere dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, que muito embora tais decisões sejam anteriores à legislação atual, o entendimento continua igual:

"PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA. CONFLITO POSITIVO. PEDIDOS DE FALÊNCIA E DE CONCORDATA PREVENTIVA. PRINCIPAL ESTABELECIMENTO. CENTRO DAS ATIVIDADES. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. PREVENÇÃO. JUÍZO INCOMPETENTE. Sentença de declaração de falência prolatada por juízo diverso daquele em que estava sendo processada a concordata. Pedido de falência embasado em título quirografário anterior ao deferimento da concordata. Nulidade da sentença. - O juízo competente para processar e julgar pedido de falência e, por conseguinte, de concordata é o da comarca onde se encontra "o centro vital das principais atividades do devedor", conforme o disposto no art. 7º da Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7.661/45) e o firme entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema. - A competência do juízo falimentar é absoluta. - A prevenção prevista no § 1º do art. 202 da Lei de Falências incide tão-somente na hipótese em que é competente o juízo tido por preventivo. - Constatado que a falência foi declarada pelo juízo suscitado enquanto processada a concordata em outro juízo e, ainda, que o título quirografário que embasou o pedido de falência era anterior ao deferimento da concordata, impõe-se anular essa sentença que declarou a falência. - Conflito conhecido, declarada a competência do Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Manaus – AM, anulados os atos decisórios praticados pelo Juízo de Direito da 39ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo – SP e a sentença de declaração de falência proferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Manaus – AM." (STJ, CC 37736/SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ 16.08.2004, p. 130)

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. COMPETÊNCIA FALÊNCIA. SÚMULA Nº 07/STJ. 1. Competente para o processamento e julgamento do pedido de falência é o Juízo do local onde o devedor mantém suas atividades e seu principal estabelecimento. O Acórdão recorrido, mediante análise de todo conteúdo probatório dos autos, concluiu

45 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. Cit. p. 656.

que a direção e administração de todos os negócios da agravante, bem como o seu centro de atividades, estão localizados no Distrito Federal. Ultrapassar os fundamentos do Acórdão demandaria, inevitavelmente, o reexame de provas, procedimento vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 07/STJ. 2. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no Ag 451614/DF, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 17.02.2003, p. 275).

Ramos ainda destaca que há uma razão lógica para a regra em questão, já que é no local do principal estabelecimento do devedor onde se encontra, provavelmente, a maioria dos clientes e do patrimônio, facilitando assim a instauração do concurso de credores, arrecadação dos bens, razão pela qual, entende o doutrinador que a competência é absoluta.<sup>46</sup>

Ressalta ainda o jurista que nos casos de sociedade estrangeira, o foro competente também será o do principal estabelecimento da empresa, no entanto, será levado em consideração somente àqueles localizados no território nacional.<sup>47</sup>

Por fim, destaque-se que em obediência ao disposto no art. 6º, §8º da Lei 11.101/2005, “a distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor.”<sup>48</sup>

## **2.2. Disposições gerais da legislação aplicadas à recuperação judicial e falência.**

A legislação falimentar estabeleceu regras comuns ao processo de recuperação judicial e de falência, já que o primeiro poderá consistir no início do segundo ou meio de defesa.

A primeira determinação comum consiste na inexigibilidade, das obrigações a título gratuito e nas despesas que os credores fizerem para tomar parte da recuperação judicial ou da falência (art. 5º da LRF).

O art. 6º por sua vez, tratou de estabelecer a suspensão da prescrição e das

<sup>46</sup> Ibidem.

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> BRASIL. Site - [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acessado dia 01/10/2011.

execuções propostas contra a empresa devedora, incluindo-se ainda as execuções particulares contra os sócios solidários (art. 6º da LRF).

Fábio Ulhoa destaca que tais dispositivos são equivalentes ao da lei anterior, bem como que a suspensão da prescrição do falido ocorre na decretação da quebra e do deferimento da recuperação judicial.<sup>49</sup>

Ressalta ainda o jurista que a suspensão da prescrição prevista no artigo 6º da LRF aproveita-se tão somente à execuções propostas contra o devedor e não às execuções por ele propostas.<sup>50</sup>

A suspensão das execuções individuais consiste em medida lógica, já que não seria plausível a tramitação conjunta de ações com a mesma finalidade, sendo que uma excetuar-se-ia aos créditos concursais e outra aos individuais, podendo as mesmas, caso inexistisse a determinação de suspensão, atingirem fases distintas e conflitantes.

À única exceção à suspensão da regra legal, seja na falência ou na recuperação judicial, são as execuções fiscais, já que o art. 187 do Código Tributário Nacional expressamente determina que o crédito tributário não participa de concurso de credores.<sup>51</sup>

As ações ilíquidas e as reclamações trabalhistas que ainda não tenham atingido sua fase de execução terão prosseguimento normal, vez que consistem tecnicamente em processo de conhecimento.

Na falência, duas outras hipóteses podem, de acordo com a decisão do juízo, consistirem em exceções à regra de suspensão, sendo elas as seguintes: execução individual com hasta já designada ou já realizada.

Nas execuções com hasta pública já designada, o juiz da falência em sua decisão declaratória, poderá determinar a não suspensão das referidas hastas, como medida de economia processual, não cabendo no entanto o levantamento do produto da expropriação ao

49 COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit. p. 36.

50 Ibidem.

51 Ibidem.

credor individual, já que a quantia obtida deverá ser devolvida à massa falida.

Já nos casos de hasta pública realizada, tem-se que o bem da devedora foi liquidado antes da decretação da falência, atingindo assim a execução individual seu objetivo, não havendo neste caso, o que se falar em impossibilidade de levantamento do produto da expropriação.

Na recuperação judicial, conforme própria previsão legal, as execuções individuais também terão seus cursos obstados, pois, se na falência o prosseguimento consistiria em ato irracional e contraditório, na recuperação o objetivo infere-se na concessão de fôlego aos empresários individuais e sociedades empresárias, a fim de que estes atinjam sua recuperação.

Neste caso, a legislação fixa um prazo para suspensão das execuções individuais operadas pelo despacho de processamento da recuperação judicial: 180 dias.

Ainda com relação à suspensão da prescrição e ações individuais, ressaltamos que os sócios de empresa limitada não são abrangidos pela legislação, razão pela qual, tais ações individuais continuaram tramitando, mesmo que este encontra-se na condição de avalista ou coobrigado da empresa recuperanda.

O tema é polêmico e tem gerado inúmeras discussões tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no entanto, uma vez que o aprofundamento de tal discussão possibilitaria a realização de outro trabalho científico, com objeto diverso do presente estudo, limitamo-nos a consignar tal divergência, bem como a posição majoritária até o momento.

### **2.3. Do procedimento da recuperação judicial.**

O processo de recuperação judicial possui rito específico e determinado, aplicando-se aos casos de omissão e somente o que couber, o Código de Processo Civil Brasileiro (art. 189 da LRF).

### **2.3.1. Do pedido de recuperação judicial.**

Nos termos do art. 48 da LRF, “poderá ser requerida a recuperação judicial o devedor que no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei. Parágrafo único. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.”<sup>52</sup>

Segundo Fábio Ulhoa, só tem legitimidade ativa para o processo de recuperação judicial quem é legitimado passivo para falência, ou seja, somente quem está exposto ao risco de ter a falência decretada pode pleitear o benefício da recuperação judicial.<sup>53</sup>

A recuperação judiciária também poderá ser requerida pelo sócio minoritário, se restar evidente que em assembleia societária, este tenha sido voto vencido pelos demais sócios majoritários ou controladores.

Por óbvio, diversamente do pedido feito pela sociedade empresária, o pedido do sócio minoritário antes de ser apreciado dependerá da manifestação dos demais sócios majoritários ou controladores, cabendo ao juízo definir se a empresa necessita da recuperação judicial ou não, sendo que nesta última hipótese o feito será extinto sem que, no entanto, haja

52 BRASIL. Site - [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acessado dia 01/10/2011.

53 COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit. p. 123.

a decretação da falência.

### **2. 3.2. Dos créditos sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.**

Nos termos do art. 49 da LRF, estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, todos os créditos existente à data do pedido, mesmo que ainda não vencidos.

A própria legislação, no entanto tratou de excetuar alguns casos, sendo eles os seguintes:

“§ 3o Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4o do art. 6o desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§ 4o Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.”<sup>54</sup>

O inciso II do art. 86 da LRF dispõe que:

“Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro:

(...)

II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3o e 4o, da Lei no 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;”<sup>55</sup>

Cumpra-se destacar que o assunto é polêmico tanto na doutrina quanto na jurisprudência, podendo também ser objeto de estudo em outro trabalho científico, já que o aprofundamento demandará estudo diverso do que foi proposto ao presente trabalho.

No entanto, frisa-se que a corrente majoritária tem adotado posição mais positivista, ou seja, de inflexibilidade da norma legal, mantendo-se assim as exceções

54 BRASIL. Site - [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acessado dia 01/10/2011.

55 Ibidem.

previstas na legislação especial.

### **2. 3.3. Do administrador judicial e do comitê de credores.**

A nomenclatura e atribuições do administrador judicial consistem nas mudanças realizadas pela nova legislação falimentar, haja vista que no procedimento antigo, o administrador chamava-se síndico e suas atribuições eram bem mais abrangentes do que as atuais.<sup>56</sup>

O administrador pode ser pessoa física ou jurídica, bem como que atua como agente auxiliar do juiz que, em nome próprio, deve cumprir com as funções cometidas pela lei.

Além de auxiliar do juiz, o administrador judicial também representa a comunhão de interesses dos credores, sendo que exclusivamente para fins penais, o administrador é considerado funcionário público.<sup>57</sup>

Tal profissional deve possuir condições técnicas e profissionais, bem como experiência para desempenhar tal função.<sup>58</sup>

O administrador é escolhido pelo juiz e será sempre uma pessoa de sua confiança.<sup>59</sup>

O papel do administrador judicial poderá ser mais ou menos relevante, caso, respectivamente, tenha ou não sido deliberada a instalação do comitê de credores.<sup>60</sup>

A relevância da atuação do administrador judicial também depende, sobremaneira, do fato de ter sido ou não determinado o afastamento dos administradores da empresa em processo de recuperação, cabendo nestes casos ao administrador, gerir os negócios da empresa em recuperação enquanto não for eleito gestor judicial pela assembléia-

56 COELHO, Fânio Ulhoa. Op. Cit. p. 57.

57 Ibidem.

58 Ibidem.

59 Ibidem.

60 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. Cit. p. 748.

geral de credores.<sup>61</sup>

Ressalta-se ainda quanto à remuneração do administrador judicial, que nos termos da legislação especial, será fixada pelo juízo, que não poderá exceder o percentual de 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial.<sup>62</sup>

O comitê de credores, consiste em um corpo de credores, eleitos em assembléia geral, que terão as seguintes atribuições, segundo o art. 27, inciso II da LRF:

“I – na recuperação judicial e na falência: a) fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial; b) zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei; c) comunicar ao juiz, caso detecte violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores; d) apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados; e) requerer ao juiz a convocação da assembléia-geral de credores; f) manifestar-se nas hipóteses previstas nesta Lei; II – na recuperação judicial: a) fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 (trinta) dias, relatório de sua situação; b) fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial; c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.”

O comitê de credores consiste em um sistema de regulação das atividades da empresa e do cumprimento do que foi acordado no plano de recuperação judicial, sendo assim ferramenta importante para a função social da norma legal, qual seja, recuperação da empresa e satisfação dos credores.

#### **2. 3.4. Da verificação e habilitação do crédito.**

A verificação dos créditos consiste em competência exclusiva do administrador judicial, que levará em conta as bases nos livros contábeis, documentos comerciais e fiscais, bem como os documentos que lhes forem apresentados pelos credores, neste sentido dispõe o

61 Ibidem.

62 Ibidem.

*caput* do art. 7º da LRF<sup>63</sup>:

“Art. 7º A verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas.”

O ponto de partida da verificação dos créditos é a publicação da relação de credores fornecido pelo falido ou pelo devedor em recuperação judicial. Dessa relação é expedido e publicado no diário oficial, o edital contendo os créditos existentes, abrindo assim o prazo de 15 (quinze) dias para o oferecimento de habilitação ou divergência, sendo que o primeiro refere-se aos casos de inexistência de anotação quanto ao crédito habilitado e o segundo, como o próprio nome já diz, consiste em possíveis divergências ao valor relacionado ou sua classe.<sup>64</sup>

A habilitação ou divergência poderá ser entregue ao administrador sem a necessária intervenção de advogado, bem como deverá conter os seguintes requisitos:

“Art. 9º A habilitação de crédito realizada pelo credor nos termos do art. 7º, § 1º, desta Lei deverá conter: I – o nome, o endereço do credor e o endereço em que receberá comunicação de qualquer ato do processo; II – o valor do crédito, atualizado até a data da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial, sua origem e classificação; III – os documentos comprobatórios do crédito e a indicação das demais provas a serem produzidas; IV – a indicação da garantia prestada pelo devedor, se houver, e o respectivo instrumento; V – a especificação do objeto da garantia que estiver na posse do credor.”<sup>65</sup>

Os documentos exigidos pela legislação específica deverão ser apresentados em sua via original ou autenticados.

Não apresentada a habilitação ou divergência no prazo legal, estas serão recebidas como retardatárias, que não terão direito a voto em assembléia, excetuando-se os

63 BRASIL. Site - [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acessado dia 01/10/2011.

64 COELHO, Fânio Ulhoa. Op. Cit. p. 42.

65 BRASIL. Site - [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acessado dia 01/10/2011.

titulares de créditos trabalhistas.<sup>66</sup>

A republicação do edital de relação de credores também é feita pelo administrador judicial, contendo no mesmo a indicação do local e horários para obtenção dos documentos que fundamentaram a elaboração e revisão, se houver, da relação dos créditos.<sup>67</sup>

Da nova publicação do edital, dá-se o início ao prazo também de 15 (quinze) dias para oferecimento de impugnação, que tem natureza jurídica de ação e é direcionada ao juízo do feito falimentar ou da recuperação judicial, judicializando-se assim a habilitação ou divergência rechaçada pelo administrador judicial, bem como em caso de seu acolhimento.<sup>68</sup>

As habilitações de créditos retardatárias, caso sejam apresentadas antes da homologação do quadro geral de credores, serão recebidas como impugnações e após, através de procedimento ordinário.<sup>69</sup>

### **2. 3.5. Pressupostos legais do pedido de recuperação judicial.**

Nos termos do art. 51 da LRF, são requisitos do pedido de recuperação judicial:

“Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros

66 COELHO, Fânio Ulhoa. Op. Cit. p. 46.

67 Ibidem.

68 Ibidem.

69 Ibidem.

contábeis de cada transação pendente; IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial; IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.”<sup>70</sup>

A não apresentação de qualquer documento exigido pela legislação especial, implicará na intimação do devedor para emendar a inicial, nos termos do art. 284 do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo de recuperação judicial.<sup>71</sup>

O não cumprimento da ordem de emenda da inicial poderá implicar na decretação da falência da empresa recuperanda.<sup>72</sup>

Segundo Fábio Ulhoa, a exigência da legislação falimentar tem por objetivo apresentar aos credores a real situação da empresa em crise econômica, a fim de que o mesmo possa apurar a melhor forma de possibilitar a recuperação da empresa devedora.<sup>73</sup>

A fase postulatória do feito resume-se em dois atos: a realização do pedido de forma adequada e; o despacho inicial que manda processar a recuperação.<sup>74</sup>

### **2. 3.6. Meios de recuperar a empresa, segundo a legislação falimentar.**

A norma legal contempla lista exemplificativa dos meios de recuperação da atividade econômica, onde encontram-se instrumentos financeiros, administrativos e jurídicos,

70 BRASIL. Site - [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acessado dia 01/10/2011.

71 COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit. p. 46.

72 Ibidem. p. 46.

73 Ibidem. p. 46.

74 Ibidem. p.47.

com o fim específico de superar a crise econômica.

A lista contempla as seguintes situações:

Dilatação do prazo ou revisão das condições de pagamento: Consiste em mecanismo de reestruturação com a renegociação dos créditos, abrangendo assim, todas as modalidades possíveis e necessárias para reorganização da empresa, inclusive a substituição das garantias por outras.<sup>75</sup>

Operações Societárias: Consistem nas modalidades de modificação da composição societária existentes, como exemplo os casos de cisão, incorporação, fusão e transformação da sociedade, bem como a venda de quotas e ações.<sup>76</sup>

Alteração do controle societário: Mecanismo de angariação de capital, que consiste na venda do controle societário, ou seja, do poder de controle da empresa, admitindo-se assim novo sócio no bloco controlador.<sup>77</sup>

Reestruturação da administração: Mecanismo administrativo utilizado para obtenção de confiança dos credores, já que é evidente que toda situação de crise advém de uma possível má administração.<sup>78</sup>

Concessão de direitos societários extrapatrimoniais aos credores: Trata-se de admitir ao credor um grau mínimo de ingerência na administração da sociedade, oportunizando assim maior controle no cumprimento do plano de recuperação judicial.<sup>79</sup>

Reestruturação do capital: Em qualquer empresa em crise econômica, financeira ou patrimonial resolve-se com dinheiro novo, ou seja, ingresso de recurso. Esse dinheiro novo para ser barato, deve provir de aumento de capital social, sendo que quem o presta concorda em assumir o risco do negócio sem ser remunerado como mutuante.<sup>80</sup>

75 Ibidem. p. 47.

76 Ibidem. p.47.

77 Ibidem. p. 48.

78 Ibidem. p. 48

79 Ibidem. p. 48.

80 Ibidem. p. 49.

Transferência ou arrendamento do estabelecimento: Consiste na mudança de titularidade ou na direção do estabelecimento empresarial da sociedade empresária em crise.<sup>81</sup>

Renegociação das obrigações ou do passivo trabalhista: Utilização do contrato coletivo de trabalho, de que pode constar a redução inclusive do salário e mudança nas jornadas de trabalho dos empregados.<sup>82</sup>

Dação em pagamento ou novação: Consistem em meios jurídicos onde o primeiro consiste na entrega de bem diverso do acordado no contrato e o segundo, na extinção da dívida por uma nova.<sup>83</sup>

Constituição de sociedade de credores: Consiste na exploração da empresa em crise, substituindo os credores pelo sócios da empresa.<sup>84</sup>

Realização parcial do ativo: Consiste na venda parcial de bens.<sup>85</sup>

Equalização de encargos financeiros: Os bancos e empresas de fomento mercantil padronizam os encargos financeiros, oportunizando assim que a empresa em crise financeira possa dar continuidade em suas atividades em menores condições junto ao mercado.<sup>86</sup>

Todos os outros meios previstos pela legislação, encontram-se englobados pelos anteriores, pois um depende do outro para sua realização, ou seja, consistem em complemento ou aprimoração dos meios já citados.<sup>87</sup>

### **2. 3.7. Do plano de Recuperação Judicial.**

O plano de recuperação judicial será apresentado no prazo improrrogável de 60

81 Ibidem. p. 49.

82 Ibidem. p. 50.

83 Ibidem. p. 50.

84 Ibidem. p. 50.

85 Ibidem. p. 50.

86 Ibidem. p. 51.

87 Ibidem. p. 51.

(sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena do magistrado convolar em falência o pedido (art. 53 da LFR).<sup>88</sup>

Tal plano consiste na peça mais importante de recuperação judicial, depende dele a concretização ou não do objetivo do instituto.<sup>89</sup>

No entanto, tal documento não consistirá em garantia absoluta do reerguimento da empresa de sua situação de crise.

Nos termos dos parágrafos do art. 53 da LRF, o plano de recuperação judicial deverá conter pormenorizada e fundamentada as formas e meios que o devedor pretende superar a situação da crise da empresa.<sup>90</sup>

O plano de recuperação judicial não consiste em preocupação única e exclusiva dos credores, cabe também ao juízo e o ministério público atenção aos critérios adotados em tal documento, a fim de evitar a perda de tempo e custos na busca, muitas vezes impossível, de superação da crise econômica sofrida pela empresa recuperanda.<sup>91</sup>

Ademais, tal questão será discutida mais aprofundadamente no capítulo seguinte, onde a discricionariedade do magistrado será debatida.

Algumas imposições foram colocadas pela legislação, tornando o plano de recuperação judicial menos flexível quanto se pensava.

A primeira delas consiste no prazo máximo de 01 (um) ano para pagamento dos créditos trabalhistas, bem como os saldos de salário em até 30 (trinta) dias.<sup>92</sup>

A Lei ainda prevê a possibilidade de parcelamento do crédito fiscal, sendo que o art. 155-A do CTN, dispõe que norma específica será editada sobre o assunto, ato que não ocorreu até o dia de conclusão do presente trabalho.<sup>93</sup>

88 Ibidem. p.51.

89 Ibidem. p.52.

90 Ibidem. p. 53.

91 Ibidem. p. 53.

92 Ibidem. p. 54.

93 Ibidem. p. 54.

A alienação dos bens hipotecados ou empenhados dependerá da expressa aprovação do credor que a titulariza, no entanto, o mesmo não se pode afirmar quanto a supressão ou substituição do bem, ato que será considerado válido com a aprovação do plano em assembléia.<sup>94</sup>

A conversão da obrigação assumida em moeda estrangeira também dependerá de concordância do credor e não pela simples conveniência do devedor.<sup>95</sup>

### **2. 3.8. Das objeções ao plano e assembléia de credores.**

Uma vez apresentado o plano de recuperação, caberá aos credores sua apreciação, podendo os mesmos, caso entendam inviável a aplicação do mesmo, apresentar objeções com planos alternativos, que deverá vir acompanhado de críticas fundamentadas, ou seja, não basta dizer que o plano apresentado pelo devedor não serve, tal afirmação tem que ser acompanhada do mínimo de justificativa

A objeção oferecida pelos credores dá início à discussão do plano, entre outras palavras, predispõe credores e devedores a negociarem seus conflitos, sendo que estes são colocados frente a frente na Assembléia que será designada pelo juízo do feito, qual seja, a Assembléia de Credores.

Como o próprio nome já diz, a assembléia consiste em ato requerido pelos credores e realizado em favor dos credores, onde será discutido o plano originalmente apresentado pela empresa recuperanda.

Nos termos do art. 35 da LRF, a assembléia de credores, no processo de recuperação judicial terá por atribuições deliberar sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, bem como a constituição de

94 Ibidem. p. 55.

95 Ibidem. p. 55.

Comitê de Credores, o pedido de desistência do devedor, o nome do gestor judicial (quando ocorrer o afastamento do devedor) e qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.

A assembléia de credores é convocada pelo juízo onde tramita o processo de recuperação judicial, publicando-se edital para convocação dos credores, que deverá ser realizado em órgão oficial e jornais de grande circulação, com antecedência mínima de pelo menos 15 (quinze) dias, contendo o mesmo dia, hora, local a ordem do dia e local para obtenção de cópia do plano de recuperação judicial.

A assembléia também poderá ser requerida por credores que representam pelo menos 25% (vinte e cinco) por cento do valor total do crédito, respondendo os mesmos pelos custos, já que no primeiro caso (convocação legal) a empresa recuperanda é quem irá arcar com tais custos.

A assembléia será presidida pelo administrador judicial e o secretário, que será convocado dentre os credores presentes, instalando-se a primeira com a presença de credores titulares de mais da metade dos créditos e a segunda com qualquer valor.

O credor poderá ser representado na assembléia, bem como os sindicatos poderão representar os trabalhadores, devendo para tanto ser apresentado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas antes da data prevista para comparecimento, instrumento de mandato.<sup>96</sup>

O advogado tem livre acesso ao recinto da assembléia, podendo no entanto ter direito a voto e voz, somente o causídico que tenha apresentado o documento que o legitima como representante do credor no prazo legal.

O voto dos credores serão proporcionais ao valor do seu crédito, sendo que os credores de valores estrangeiros, somente para fins de votação, terão seus créditos convertidos à moeda nacional, utilizando-se a cotação da moeda no dia.

Os participantes das assembléias com direito a voto, são os credores arrolados

96 Ibidem. p. 55.

no quadro geral de credores ou na sua falta, a relação confeccionada pelo administrador judicial, bem como aqueles que tenham sido admitidos ou modificados via decisão judicial.

As deliberações da assembléia não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial, com relação à quantificação, qualificação e existência.

A assembléia não será obstada por medida liminar, cautelar ou de efeitos antecipatórios, ante a discussão acerca da existência, quantificação e qualificação do crédito.

Referida assembléia é composta de três classes distintas do crédito, sendo elas as seguintes: a) trabalhista; b) garantia real e; c) quirografários de todos os tipos.

A primeira classe votará pelo total do seu crédito e a segunda pelo valor de suas garantias, sendo que o saldo remanescente fará parte da votação da última classe.

Será considerada aprovada a proposta (excetuando-se o plano de recuperação judicial) com a maioria de votos favoráveis, ou seja, mais da metade dos créditos presentes em assembléia.

Nas deliberações quanto ao plano de recuperação judicial, será considerado aprovado tal plano pelas classes com garantia real e quirografária os credores que representem a maioria simples dos valores dos créditos e cumulativamente a maioria dos credores (por cabeça).

Na classe trabalhista, a aprovação do plano dependerá da maioria simples dos credores presentes, ou seja, por cabeça.

Por fim o credor não terá direito a voto, se o plano de recuperação judicial mantiver as condições originais de pagamento.

### **CAPÍTULO III**

## **DA DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO EM HOMOLOGAR O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Muito se discute a respeito da função do juiz no processo de recuperação judicial, ou seja, se o mesmo detém para si a responsabilidade de preservar efetivamente a atividade empresária, nos termos da legislação falimentar, ou se sua responsabilidade consiste na mediação do processo de recuperação, ficando a encargo dos credores a manutenção ou não da empresa em situação de crise.

O poder discricionário não se cinge a uma definição unívoca, não se circunscrevendo a uma unanimidade entre os doutrinadores. Ao contrário, trata-se de conceito multifacetado, devendo o jurista enquadrá-lo de acordo com a situação em concreto.

### **3.1. A Hermenêutica de Hart-Dworkin.**

A teoria pura do direito de Kelsen foi, por muito tempo, o único parâmetro interpretativo no ordenamento jurídico, entretanto, mediante o surgimento de novos questionamentos jurídicos, houve necessidade de se repensar esse ordenamento.<sup>97</sup>

Nesse contexto, Hart e Dworkin buscaram rediscutir a teoria do direito, baseando nos casos problemáticos, ou nos termos por eles usados “hard cases”, quando a

97 RESENDE. Adeilda Coelho. Site <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista2/artigo18.htm>. Acesso dia 15/10/2011.

discricionarieidade do juízo se mostrava a melhor forma de satisfazer os anseios da sociedade.<sup>98</sup>

Dworkin afirmava que não há discricionarieidade do juiz uma vez que, havendo conflitos, sempre haveria solução no ordenamento jurídico através dos princípios, portanto as lacunas seriam preenchidas por estes, havendo completude.<sup>99</sup>

Hart por sua vez, propõe que a discricionarieidade é utilizada à medida que nas regras não se encontra soluções, ao mesmo tempo relata que esse preenchimento lacunar se daria pela proximidade analógica do contexto lingüístico das regras; sendo assim ousado interpretar o contexto discricionário de Hart como solução de preenchimento da lacuna, direcionado pelo ordenamento jurídico, pois que se em Dworkin encontramos a possibilidade de leituras de princípios através de regras, teremos, também, em Hart, essa leitura, muito embora este não os tenha mencionado com essa clareza.<sup>100</sup>

No entanto esse teórico verbaliza que o poder criador do juiz, nessas ocasiões conflitivas, está adstrito ao contexto jurídico existente, e pelo qual ele teria que fazer a fundamentação de seu decisório, havendo uma maior liberdade de ação para o juiz, refletir sobre as possibilidades jurídicas, embora não textualizadas em regras específicas para aquele caso, e os adapte conforme seja de maior justiça.<sup>101</sup>

Dessa forma, caberá ao magistrado, segundo tal teoria, ponderar o que é justo, e mais adequado mediante duas soluções ou mais, justificáveis no ordenamento de acordo com o contexto ideológico do juiz, pois se as alternativas são perfeitamente viáveis ao decisório, e como Hart afirma, o juiz deve ponderar sobre o melhor.<sup>102</sup>

Desse modo, não há discricionarieidade enquanto arbitrariedade e ilegalidade, mas o favorecimento à flexibilização do direito para que se possibilite sua dinamização e

98 Ibidem.

99 Ibidem.

100 Ibidem.

101 Ibidem.

102 Ibidem.

transformações mediante as diversas demandas impostas pelas relações jurídicas sociais.<sup>103</sup>

Hart afirma ainda que havendo conflito entre princípios, o juiz também estaria sob a égide da discricionariedade, uma vez que teria que fazer uma escolha.<sup>104</sup>

Segundo Dworkin a Teoria da Discricionariedade do juiz é incompatível em um Estado Democrático, pois que fere dois princípios: a) soberania popular que é o princípio fundamental da Democracia, o que implica em leis que devem ser postas pelos cidadãos pela via direta (democracia direta), ou por seus representantes (pela democracia indireta), entretanto ter-se-ia na teoria discricionária o exercício do Poder Legislativo através dos juizes, e estes são apenas funcionários que não foram designados pela eleição popular. Haveria, então, mudança de competência frente o exercício da discricionariedade; b) princípio da legalidade este princípio é central no Estado de Direito, e é violado à medida que o juiz sentencia na ausência de legislação clara.<sup>105</sup>

Hart por sua vez defende sua proposta de discricionariedade asseverando que tal teoria não induz ao uso legislativo amplo e extra-partes, mas que proporciona uma maior reflexão sobre as soluções a serem firmadas, soluções estas que não são encontradas em um procedimento alheio ao contexto jurídico.<sup>106</sup>

Em nosso âmbito legislativo de Estado Democrático de Direito, encontramos a faculdade de discricionariedade ao juiz, no art. 126 c/c art. 335, ambos do C.P.C. e remissão do art. 4º e 5º da L.I.C.

Dessa forma temos que o juiz, nos casos difíceis, não pode se eximir de julgar (sentenciar ou despachar), alegando lacuna ou obscuridade da lei; nesse caso ele buscará a solução na analogia, costumes, e princípios gerais de direito; bem como atender a finalidade social e às exigências do bem comum contidos na norma.

103 Ibidem.

104 Ibidem.

105 Ibidem.

106 Ibidem.

Portanto, a discricionariedade do juiz está adstrita ao ordenamento jurídico, e sua "criação legislativa" está respaldada pelo próprio legislador. Dessa forma temos que o legislativo, sendo o legitimado na elaboração de leis, e estando o mesmo a dar poderes para que restritivamente frente a ausência de sua ingerência, o juiz venha a cumprir seu papel, não encontramos ofensa ao Estado Democrático, como alega Dworkin.

Entendemos que o ordenamento jurídico seria muito limitado se buscasse apenas a validade formal, pois o que se almeja essencialmente é a solução dos conflitos na validade material, que, em regra, deverá estar respaldada na validade formal.

### **3.2. A Discricionariedade do Juiz.**

O poder discricionário é "aquele cujo exercício fica entregue ao critério do respectivo titular, na medida em que a lei lhe confie a escolha das circunstâncias, das ocasiões, dos meios ou das formas de realizar os interesses por ela protegidos"<sup>107</sup>.

Os atos judiciais, em grande parte, dependem de operações dedutivas a partir de normas gerais. Todavia, há diversos momentos em que se exige dos juízes a realização de determinações do direito positivo.

A idéia de que o juiz completa as normas gerais para possibilitar a sua aplicação aos casos concretos já era alvo de discussão por Aristóteles que citado pelo doutrinador Rubens Requião afirmava:

"Toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que não seja incorreta em relação a certos fatos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente dessa circunstância. E nem por isto a lei é menos correta, pois a falha não é da lei nem do legislador, e sim da natureza do caso particular, pois a natureza da conduta é essencialmente irregular. Quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece-me sua aplicação um caso não previsto por esta regra, então é correto, onde o legislador é omissor e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o

107 REQUIÃO, RUBENS. Op. Cit. p. 26.

próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão."<sup>108</sup>

Tornou-se tradicional no direito a idéia de que todo ordenamento jurídico tem lacunas e, desde a Revolução Francesa, consolidou-se o princípio de que o juiz não pode denegar a prestação jurisdicional com argumento na inexistência de direito aplicável.<sup>109</sup>

A questão das lacunas, especialmente a investigação dos limites da linguagem normativa, foi bastante desenvolvida pelo positivismo. Todavia, as lacunas sempre foram entendidas como casos inevitáveis mas excepcionais, de tal forma que só eventualmente o juiz exerceria essa liberdade de criação normativa.<sup>110</sup>

É justamente a necessária complementação do conteúdo da norma, mediante operações de determinação, que caracteriza o âmbito da discricionariedade judicial.

A aplicação do Direito envolverá sempre a definição quanto aos critérios para a definição de qual é a interpretação mais adequada ao caso concreto não podendo ser dada pela norma a ser interpretada, cabendo ao julgador definir a combinação adequada de critérios, bem como seu peso específico, em função das particularidades do caso concreto.<sup>111</sup>

O poder discricionário está intimamente ligado, no que tange à atividade jurisdicional, às oportunidades que se apresentam ao juiz no sentido de que ele examine subjetivamente a situação e sobre ela se posicione de uma ou de outra maneira.<sup>112</sup>

Não se há de confundir, contudo, discricionariedade com arbitrariedade, sob pena de ruírem por terra todos os alicerces do Estado de Direito.

É raro, que a norma de Direito estabeleça com rigor e precisão de qual a situação de fato objetivamente identificável e qual a conduta única, integralmente regulada e

108 Ibidem.

109 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo X. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 193.

110 Ibidem.

111 Ibidem.

112 Ibidem.

obrigatoriamente adotável perante determinada situação de fato.<sup>113</sup>

Desse modo, tem-se que a norma jurídica não menciona a situação fática ou, ao fazê-lo, descreve-a por intermédio de expressões que trazem ínsitos conceitos imprecisos, vagos, elásticos ou indeterminados, cabendo assim ao aplicador da lei, promover um juízo subjetivo.<sup>114</sup>

Segundo Rubens Requião “o juiz serve-se da Lei, mas não serve a ela”.<sup>115</sup>

Tal concepção evidencia que muito embora a legislação preveja determinada conduta, bem como a solução para o conflito, ao juiz caberá a análise subjetiva do caso, bem como a interpretação que melhor adequar-se aos interesses sociais, econômicos, éticos e morais, segundo a sua convicção e a comunicação das legislações extravagantes, sem que com isso torne-se arbitrário, pautando-se pela razoabilidade.

A posição até aqui defendida, no entanto, não é pacífica. Eduardo Garcia de Enterría, citado por Rubens Requião afirma que a doutrina alemã sustenta a tese de que a indeterminação dos conceitos só se erige em abstrato. Segundo os alemães, os casos concretos elidem qualquer possibilidade de fluidez, transmudando-se tais conceitos em consistência e unanimidade reais. A questão dimanada dessas noções ditas indeterminadas, de acordo com essa corrente, não pode ser identificada com o tema da discricionariedade, mas, sim, com o da interpretação.<sup>116</sup>

No processo civil brasileiro, o juiz exerce, segundo o professor Jorge Lobo, os seguintes poderes:

“a) poder de caráter jurisdicional, relacionado com a atividade decisória, denominado poder fim; b) poder-meio, de feição instrumental, com o poder de direção do processo, o poder instrutório e o poder de coerção; e c) poder administrativo.”<sup>117</sup>

113 Ibidem. p. 194.

114 Ibidem. p. 194.

115 Ibidem. p. 195.

116 Ibidem. p. 196.

117 LOBO, Jorge. Comentários à Lei de recuperação de empresa e falência/coordenadores Paulo F.C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão. – 4ª Ed. Ver. atual. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 225.

Na recuperação judicial, todos os poderes acima especificados são exercidos pelo magistrado, são os casos previstos no art. 52, *caput*; 55, *caput*; 56, §4º; 58, *caput* e §1º; 63; evidenciando assim o poder-fim do juízo, as hipóteses dos arts. 51, §§1º e 3º, 52, III e V e §1º, 53, parágrafo único; 65, *caput*, e §2º, como formas de poder-meio e os arts. 52, I, II e IV, §1º; 60;66;69, parágrafo único, como exemplos do poder administrativo.

Nos casos do poder jurisdicional, instrumental, administrativo, é de suma importância que o juiz não seja um órgão passivo, ou mero homologador das decisões da assembleia de credores ou do comitê e administrador judicial, pois, ao ordenar o processo da ação, proferir despachos, decisões e sentenças, enfim presidir o processo de recuperação da atividade empresária, deverá fazê-lo com competência, responsabilidade e plena liberdade, formando, como se fosse outro processo, sua convicção, seu “livre convencimento”, de acordo com as provas dos autos, ciente de que seus atos estão sujeitos a recurso.

Nesse sentido, o doutrinador Trajano de Miranda Valverde, citado por Jorge Lobo, ao comentar a atuação do magistrado no processo antigo processo falimentar sob a égide do revogado Decreto-Lei 7.661/45, assevera que:

“... assiste-lhe, também, o direito de vetar as resoluções dos credores contrárias às prescrições legais (art. 122, §2º), medida que de pouco usam os juízes, ainda quando flagrante a violação da lei. O direito de veto não se restringe à deliberações tomadas em assembleia pelos credores, mas estende-se, fora dela, a qualquer resolução em manifesta oposição aos preceitos legais.”<sup>118</sup>

O juízo da ação de recuperação, tem para si o controle judicial de todos os atos a serem realizados no processo, inclusive das deliberações da assembleia geral de credores, examinando assim a legalidade formal, controle da legalidade material ou substancial, em que se verificará a existência, por exemplo, de fraude à lei ou abuso de direito, quer por parte do devedor, quer por parte dos credores, acordos contrários à lei, à moral, aos bons costumes, à

boa-fé objetiva, ao interesse público e outros.

O magistrado também será incumbido, dependendo do caso concreto, do controle de mérito, quando por exemplo a deliberação for por maioria e os dissidentes hajam deduzido objeções e votos divergentes, bem como quando a deliberação for contrária a aprovação do plano e o devedor haja apresentado defesa e postulado a anulação do conclave por fraude à lei, abuso de direito, preterição de formalidade essencial etc.

Desse modo, tem-se que o magistrado possui discricionariedade suficiente para analisar qualquer questão dentro da ação de recuperação judicial, não lhe cabendo exercer somente o poder-meio e administrativo, pois, ao ser considerado pela legislação falimentar, instrumento indispensável para a preservação dos interesses constantes no processo de recuperação empresarial, lhe será exigido a sensibilidade e liberdade necessária para a condução do processo.

### **3.3. Homologação do Plano aprovado em Assembléia de Credores.**

E é com a definição e explicação de discricionariedade do juiz, que adentramos ao tema propriamente dito, ou seja, possibilidade do magistrado homologar ou não o plano de recuperação judicial.

É por demais evidente que, não obstante o exercício dos poderes básicos da jurisdição (processar e julga) ser procedido necessariamente nos exatos termos e nos estritos limites da lei vigente, sempre existe efetivo grau de discricionariedade por parte do julgador na aplicação da norma jurídica abstrata ao caso concreto, permitindo ao mesmo, através de critérios tecnojurídicos insculpidos, em grande parte, na própria lei, dosar, com alguma liberdade, o aparente rigor normativo, particularmente no que alude à recuperação judicial, ante as inúmeras possibilidades negociais na tentativa de proceder a reorganização da

atividade econômica.

Para alguns doutrinadores, a homologação do plano de recuperação judicial consiste em poder-dever do juiz, ou seja, sua competência será exclusivamente de chancelar as vontades das partes, isto quando a aprovação do plano estiver consentida pelos credores, ou seja, com quorum suficiente para sua aprovação em todas as classes de credores.

André Ramos assevera que com o consentimento explícito dos credores ou até implícito (nos casos em que não é ofertada objeção), caberá ao magistrado a simples homologação do plano de recuperação judicial, não sendo possível assim proceder sua análise de fundo, ou seja, com relação aos critérios adotados pelo devedor.<sup>119</sup>

No mesmo sentido a jurisprudência tem decidido, consoante se infere do aresto a baixo colacionado:

“Agravos de Instrumento - Recuperação Judicial – Aprovação do plano de recuperação judicial pela assembleia-geral de credores -Inviabilidade de reforma pelo Juiz. Aprovado o plano de recuperação judicial pela assembleia-geral de credores, não pode o juiz reformar a decisão por considerar inviável a sua execução - A lei não veda tratamento diferenciado dos credores em conformidade com o valor de seus créditos, que venha a ser corroborado pela assembleia-geral de credores - O plano de recuperação judicial pode prever prazo superior a dois anos para ser cumprido - Descabida a exigência de quitação dos tributos enquanto não aprovada lei específica de adaptação de sua cobrança às finalidades do benefício legal impugnado. Agravos desprovidos.”<sup>120</sup>

O caso em destaque consistia na interposição de recurso de agravo de instrumento contra a decisão que concedeu a recuperação judicial à empresa Companhia de Açucareira de Penápolis, onde foi argüida a ilegalidade do plano de recuperação em razão do perdão da dívida de 70%, e o pagamento do restante de 30% no prazo de nove anos.

Em seu voto, o Desembargador Relator Lino Machado asseverou que:

119 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. Cit. p. 744.

120 TS/SP - Agravos de Instrumento n°s 0313634-44.2010.8.26.0000; 0315913- 03.2010.8.26.0000; 0315751-08.2010.8.26.0000; 0315955- 52.2010.8.26.0000; 0320518-89.2010.8.26.0000; 0333905- 74.2010.8.26.0000; 0336029-30.2010.8.26.0000; e 0337526- 79.2010.8.26.0000 – Relator: Des. Lino Machado – Data do Julgamento: 01/02/2011.

“A viabilidade do plano de recuperação judicial não pode ser reconsiderada pelo Juiz de Direito se tiver sido afirmada pela assembleia-geral de credores, a qual é soberana também para aprovar, não o plano originalmente apresentado pelo devedor, mas o plano modificado na própria assembléia.”<sup>121</sup>

No entanto, *data máxima venia*, discordamos do pensamento do desembargador, bem como dos doutrinadores que chancelam tal interpretação.

Muito embora a legislação falimentar tenha atribuído à Assembléia de Credores a análise do plano de recuperação judicial, esta outorgou ao magistrado o poder de decidir quanto a sua homologação.

Não trata-se de um simples sistema administrativo e burocratizado onde o magistrado reveste de legalidade aquilo que por ventura tenha sido aprovado.

Filiamo-nos ao pensamento de Fábio Ulhoa Coelho que afirma o seguinte:

“(...) Na recuperação judicial cada classe de credores deve arcar com parcela do prejuízo que lhes é imposto forçosamente, para que se criem as condições para o reerguimento da empresa. Em que medida se pode distribuir com justiça o prejuízo entre as classes é assunto em que os interesses dos credores certamente divergem. Todos os credores têm interesse em que o devedor se recupere e pague suas dívidas, mas cada um quer empurrar para os demais a conta da recuperação judicial.

No emaranhado dessa complexa trama de interesses, por vezes é preciso identificar a solução que melhor atende ao conjunto de credores.

Para tanto, torna-se necessário *interpretar* a vontade da comunhão dos interesses dos credores, da massa falida, O juiz é um dos interpretes dessa vontade. Ao decidir, por exemplo, como será feita a venda dos bens do falido (leilão, proposta fechadas ou pregão), o juiz está interpretando a vontade da massa, isto é, determinando se proceda tal como ele presume seja o mais interessante para o futuro atendimento dos credores. (...)”<sup>122</sup>

Continua o doutrinador:

“A consistência do plano de recuperação judicial é essencial para o sucesso da reorganização da empresa em crise. Só se justifica o sacrifício imediato de interesses dos credores e, em larga medida, da sociedade brasileira como um todo, derivado da recuperação judicial, se o plano aprovado pela Assembléia de Credores for consistente.

Se ele vai funcionar ou não, é outro problema. Depende de uma série de outros

121 Ibidem.

122 COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit. p. 564.

fatores não inteiramente controláveis pelo devedor e seus credores. Um plano consistente pode não dar certo, essa não é a questão. O fato é que um plano inconsistente certamente não dará certo.

Pressupõe a lei que a possibilidade de aprovação de um plano inconsistente está afastada porque são os credores que o aprovam, em Assembléia.

Esse pressuposto, porém, é falso. E por três razões.

Em primeiro lugar, porque a tendência no mundo todo é a do absentéismo. Os credores têm cada um seus próprios problemas e, em geral, não se preocupam tanto com a recuperação do devedor.

Quem controla a Assembléia, na maioria das vezes, é o próprio requerente do benefício, por meio de comissários que negociam com os credores a aquisição dos direitos creditórios deles.

Em segundo lugar, porque os credores, mesmo querendo participar, não têm todas as informações necessárias para elaborar um plano alternativo. Aliás, mesmo para avaliar a consistência do plano apresentado pelo devedor, carecem de informações plenas. De qualquer modo, não se interessam por custear a elaboração de planos alternativos, porque isso só aumentaria seu prejuízo caso o devedor falisse (equivaleria a “pôr dinheiro bom em cima de dinheiro ruim”).

Em terceiro lugar, porque a lei, ao vincular o indeferimento da recuperação judicial à decretação da falência, reduz erroneamente as alternativas do devedor. Ou ele vota pela aprovação de qualquer plano – mesmo percebendo sua evidente inconsistência – ou amargará o prejuízo certo pela falência do devedor.

Diante desse quadro, fica fácil perceber que se o devedor submeter à Assembléia dos credores um blá- blá- blá, como provavelmente ninguém terá plano alternativo a oferecer, a tendência será a aprovação de um plano vazio de conteúdo.

Devemos nos preocupar com esse tópico. Mesmo nos países com muita experiência em recuperação judicial de empresas, nos quais a medida também depende da demonstração da viabilidade econômica do devedor, como nos Estados Unidos, os juízes tergiversam com o rigor da lei e beneficiam devedores inviáveis, em prejuízo dos credores.

Pela lei brasileira, os juízes, em tese, não poderiam deixar de homologar os planos aprovados pela Assembléia de Credores, quando alcançado quorum qualificado da lei. Mas, como a aprovação de planos inconsistentes levará à desmoralização do instituto, entendo que, sendo o instrumento aprovado um blá- blá- blá inconsistente, o juiz pode deixar de homologá-lo e incumbir o administrador judicial, por exemplo, de procurar construir com o devedor e os credores mais interessados um plano alternativo.”<sup>123</sup>

Veja-se, que o que o doutrinador trata, mesmo que com outras palavras, é da discricionariedade do juiz em homologar ou não o plano de recuperação da empresa. No entanto, a não homologação, não poderá vir acompanhada da convocação da recuperação em falência, mas sim, de alternativas, como por exemplo a confecção de tal plano pelo administrador judicial, para uma maior consistência da recuperação da empresa, pois do contrário, além de enfraquecer o instituto, a aprovação do plano somente retardará aquilo que muitas vezes é evidente, ou seja, a falência do devedor, oportunizando assim, que no processo de recuperação, o ativo ainda existente possa se tornar ainda mais escasso.

Outros dispositivos da legislação falimentar evidenciam que a intenção do legislador não foi outra senão deixar ao critério do juízo análise do caso, pois, se considerarmos a natureza jurídica da recuperação judicial como sendo um ação (o que de fato não como se abster, pois do contrário seria possível tal procedimento, mesmo que extra-judicial no Tribunal Arbitral), evidente os conflitos de interesses que merecem a interpretação do juízo, nesse sentido é o art. 72 da LRF, que faculta ao magistrado conceder a recuperação judicial ao microempresário e empresário de pequeno porte sem convocação da assembléia geral de credores.<sup>124</sup>

Ademais, “se a recuperação judicial é instrumento legal indispensável à recuperação das empresas em dificuldade econômico-financeira, se a empresa é verdadeira instituição social para a qual se conjugam os mais diversos interesses (o lucro para empresário, o salário para o trabalhador, os tributos para o Poder Público), por que condicionar o pedido de recuperação judicial ao arbítrio exclusivo de seus credores?”<sup>125</sup>

Muito embora a concordata tenha amargado os mais variados paladares, ante o seu fundamento principiológico de favor legal, não se pode negar que antes da vigência do Decreto-Lei 7.661/1945 (Lei de Concordata e Falência), o rito para solução dos conflitos era próximo dos dias atuais, ou seja, os credores eram os responsáveis pela continuidade ou não da atividade empresária.<sup>126</sup>

Atualmente, a Lei 11.101/2005 contemplou uma híbrida ritualística, onde as

124 ALMEIDA. Amador Paes de. Op. Cit. p. 298.

125 Ibidem.

126 SZKLAROWSKY. Leon Frejda. Entrevista à revista Consulex n.º 206 de 15 de março 2006.

responsabilidades são divididas entre os credores e o juízo.

A afirmativa acima ganha força no instante que se verifica, que mesmo na recuperação extra-judicial, há a necessidade da homologação do plano pelo magistrado, o que aliás, foi objeto de críticas antes da entrada em vigência da norma, pois acreditavam os especialistas que a possibilidade de utilização do instituto no Tribunal Arbitral e quem sabe no juizado especial, respeitando-se obviamente sua competência, seriam avanços que facilitariam a busca pelo processo, como forma de viabilização das atividades em crise.<sup>127</sup>

Logo, o papel do juízo não consiste somente em avaliar o acordo das partes, mas também de analisar todos os conflitos de interesses, os princípios que norteiam o instituto (mais precisamente o disposto no art. 47 da LRF) e a viabilidade do plano apresentado, pois do contrário, somente se estará retardando o inevitável, bem como possibilitando a utilização do processo para obtenção indevida e muitas vezes ilegal, como nos casos de fraudes e simulações, que inevitavelmente podem ocorrer no processo de negociação com os credores.

Destrate, nem mesmo o argumento de que o magistrado não possui condições técnicas para avaliação do plano, ante as peculiaridades de cada caso salvará a tese do chamado dever-poder do magistrado em homologar o plano ou até mesmo declarar a falência.

O juízo pode se valer dos conhecimentos do administrador judicial, que nos termos da legislação falimentar deverá deter conhecimento qualificado, a fim de se observar a existência de “fomento de capital da atividade econômica”<sup>128</sup>

É de se considerar que somente com um plano de recuperação consistente, será possível a reestruturação da atividade empresária, pois o principal desafio da empresa em recuperação judicial não consiste necessariamente na sujeição ou não dos credores à sua estratégia de reerguer-se, mas sim, a obtenção de capital, “concessão de empréstimos aos empresários e às sociedades empresárias, em recuperação judicial ou extrajudicial, com taxas de juros diferenciadas daquelas praticadas no mercado aos consumidores e tomadores comuns”<sup>129</sup>.

Por outro lado, também não há como se desconsiderar que cada parte do

127 Ibidem.

128 Ibidem.

129 Ibidem.

processo de recuperação judicial penderá aos seus interesses, cabendo aos mesmos agir de forma parcial, por mais que a legislação tente conduzir o concurso de créditos de forma única.

Destarte, o único que tem por obrigação funcional estar equidistante das partes e agir com imparcialidade é o juiz, não havendo assim razão para afastá-lo da análise da matéria de fundo da ação de recuperação judicial, qual seja, o plano de reestruturação.

Assim, caberá tanto aos credores quanto ao magistrado “envolver de forma ampla, os aspectos que levaram à situação de inadimplência, para correção de remos e até a substituição de peças, estratégias, formato do negócio, entre outras medidas saneadoras e de total reformulação da unidade produtiva, prevista no plano de recuperação”. Tais medidas não são impostas, e sim apresentadas pelo devedor aos demais envolvidos, que as debatarão em Assembléia, sendo que a maioria aprovará ou rejeitará o plano de reestruturação apresentado, persistindo, porém, a possibilidade de a Justiça intervir no processo, para manter o equilíbrio de forças, as regras legais e proteção à sociedade, evitando assim atos lesivos impensados ou abusos de poder por parte de alguns credores, que possam prejudicar a coletividade, ou mesmo por parte do devedor de má-fé, que deve ser punido se atuar fora das regras”<sup>130</sup>.

A discricionariedade do juiz é tamanha, que uma vez rejeitada pela assembléia de credores a objeção apresentada pelos credores, que poderá o magistrado, quando tal requerimento for expressamente feito, decida, quando for proferir sua sentença na forma do art. 58 da LRF, as ponderações dos credores em suas objeções, visto que a Constituição Federal, no art. 5º, XXXIV, a, XXXV e LV, e o princípio da economia e da efetividade do processo garantem irrestrito acesso ao judiciário.<sup>131</sup>

O mesmo ocorre nos casos de alteração do plano de recuperação judicial após aprovação em assembléia e homologação por sentença.

Sua alteração ensina o professor Jorge Lobo, somente ocorrerá em grau de recurso, ou seja, mais uma vez se possibilita ao judiciário, mesmo que em instância superior, a intervenção das decisões da assembléia de credores.<sup>132</sup>

Segundo o doutrinador:

“Permitir que a assembléia geral de credores reveja, reexamine e modifique o plano, transformando em título executivo judicial pela sentença concessiva da recuperação, é criar um instância não contemplada na LRE, ferir o princípio da

130 MANDEL. Júlio Kahan. Entrevista ao jornal econômico-SP (Legislação e Tributos-opinião Jurídica, de 1º.11.06, p. E2).

131 Comentários à Lei de recuperação de empresa e falência/coordenadores Paulo F.C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão. – 4ª Ed. Ver. atual. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 56.

132 LOBO. Jorge. Op. cit. p. 56.

estabilidade e segurança jurídicas e negar vigência ao art. 73, IV.”

Tal entendimento, no entanto, é contestado pelo professor Fábio Ulhoa Coelho que assevera o seguinte:

“Em princípio, é imutável esse plano. (...) Não pode, porém, a lei ignorar a hipótese de revisão do plano de recuperação, sempre que a condição econômico-financeira do devedor passar por considerável mudança. Nesse caso, admi-ti-se o aditamento do plano de recuperação judicial, mediante retificação pela assembléia de credores. A retificação está sujeita ao mesmo quórum qualificado de deliberação previsto para aprovação do plano original. Se pretender o aditamento, o beneficiado deve aduzir requerimento acompanhado da exposição circunstanciada dos fatos que fundamentam a revisão do plano.”<sup>133</sup>

A discricionariedade do magistrado ao analisar o plano aprovado ou rejeitado em assembléia é tamanha, que poderá o juízo, mesmo em caso de não obtenção do quorum qualificado ou até mínimo para homologação do plano, obstar a falência da empresa, é nesse sentido que o professor Jorge Lobo firma seu posicionamento:

“A meu ver, a interpretação sistemática, teleológica e pragmática, definida nos comentários aos arts. 47, item 9 e 10, e 58, itens 1 e 2, leva à conclusão que o juízo não pode ser provado dos poderes e atribuições que lhe são assegurados por norma constitucional e pela LOMAN, nem impedido de exercer o controle de legalidade formal ou substancial e, conforme o caso, controle de mérito e decidir se a rejeição do plano pela assembléia geral de credores: a) atenta contra o interesse público; b) encerra indisfarçável fraude; c) importa em violação da LRE, etc., o que obrigará o juízo a ir contra a “letra” do art. 56§4º, e não decretar a falência.”<sup>134</sup>

### **3.4. Imposição do Plano de Recuperação Judicial**

A imposição do plano de recuperação judicial pode ocorrer tanto nos casos em que não há o consentimento dos credores ao plano aprovado em assembléia, ou seja, a minoria dos credores e quando não obtido o quorum qualificado, fica ao magistrado a decisão de homologar ou não o plano.<sup>135</sup>

No primeiro caso, como já foi salientado, o juiz pode homologar ou não a

133 COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falência e de recuperação judicial, são paulo: Saraiva, 2005. p. 173.

134 Op. Cit. Jorge Lobo. p 223.

135 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. Cit. p. 744.

decisão da assembléia de credores, pois muito embora haja entendimento pelo poder-dever do magistrado em tal homologação, o magistrado detém, como sempre deterá discricionariedade ao proferir suas decisões.

Ao lado da homologação facultativa do plano de recuperação extrajudicial ao qual aderiram todos os credores alcançados por seus termos (art. 162), prevê a lei também a homologação obrigatória. Trata-se, agora, da hipótese em que o devedor conseguiu obter a adesão de parte significativa dos seus credores ao plano de recuperação, mas uma pequena minoria destes resiste a suportar suas conseqüências.<sup>136</sup>

Nesse caso, é injusto que a oportunidade de reerguimento da empresa do devedor se perca em razão da recusa de adesão ao plano por parte de parcela minoritária dos credores.

Com a homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial, estendem-se os efeitos do plano aos minoritários nele referidos, suprimindo-se desse modo a necessidade de sua adesão voluntária.

Para ser homologado com base no art. 163, o plano de recuperação extrajudicial deve ostentar a assinatura de pelo menos 3/5 de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos.<sup>137</sup>

Por "espécies" de crédito se deve entender, para os fins de aplicação desse dispositivo, as classes referidas nos incisos 11, IV, V, VI e VII do art. 83, a saber: a) crédito com garantia real; b) crédito com privilégio especial; c) crédito com privilégio geral; d) crédito quirografário; e) crédito subordinado.<sup>138</sup>

São essas cinco as espécies de crédito a serem consideradas na recuperação extrajudicial. A adesão ao plano, para autorizar sua homologação obrigatória, deve ser de credores titulares de pelo menos 3/5 dos créditos com garantia real, de pelo menos 3/5 dos com privilégio especial, de pelo menos 3/5 dos com privilégio geral e assim por diante. Só têm relevância considerar, na aferição do elevado grau de adesão ao plano de recuperação extrajudicial, os créditos alcançados pelo plano (LF, art. 163, 9 2Q).<sup>139</sup>

Segundo André Ramos, o que ocorre é que nem sempre o juiz se atenta ou pretende se atentar à falta de critérios do plano de recuperação, pois também lhe falta condições técnicas para avaliar a viabilidade ou não da estratégia apresentada para

136 Ibidem.

137 COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit. p. 564.

138 Ibidem.

139 Ibidem.

prolongação da existência da empresa.<sup>140</sup>

Desse modo, mesmo que assembleia geral tenha deliberado não aprovar o plano de recuperação judicial, ainda assim o juízo poderá conceder a recuperação da atividade empresária, impondo assim aos credores referido no plano, desde que cumulativamente sejam obedecidos os quoruns estabelecidos pela legislação.

Veja que diversamente do que foi defendido no item anterior do trabalho (3.3), ao magistrado caberá analisar a imposição do plano aos credores, sendo que nos casos em que verificada a pertinência de objeções realizadas pelos credores ao plano aprovado em assembleia, poderá o magistrado determinar a reformulação do mesmo, ato este que poderá inclusive ser realizado pelo administrador judicial.

Na falta de quorum qualificado para aprovação em assembleia do plano de recuperação judicial, a corrente majoritária da doutrina, entende que a discricionariedade do juiz encontra-se prevista na própria legislação.

Parte da doutrina consente que tanto na aprovação em assembleia ou com relação a obtenção de quorum mínimo, caberá ao magistrado a homologação do plano de recuperação judicial, em conformidade com o princípio de manutenção da empresa.

No entanto, não nos parece correta tal afirmação, pois muito embora a legislação falimentar progrediu para um sistema protecionista da atividade empresária, ainda assim não deixou de resguardar o direito dos credores.

Desse modo, se o juízo possui discricionariedade para homologar ou não o plano que adquiriu o quorum mínimo para tanto o mesmo deverá ocorrer quando o quorum for obtido de forma suficiente a implementação do sistema estratégico de recuperação da empresa.

Dispõe ainda a legislação falimentar, quando a recuperação judicial tratar-se de micro empresa ou de pequeno porte, não será convocada assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano, ficando assim sob análise do magistrado a viabilidade ou não do plano apresentado pelo devedor, bem como as formalidades prescritas na legislação falimentar.

Segundo o professor Carlos Henrique Abrão, nessa hipótese a soberania dos credores é mitigada com princípios salutarres que presidem no núcleo da preservação da empresa, sem que o que haverá uma ditadura de capital que descortinará um autoritarismo unilateral dos credores no rumo da empresa<sup>141</sup>

140 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. Cit. p. 744.

141 Op. Cit. Carlos Henrique Abrão. p. 275.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a realização do trabalho, foi possível fazer uma análise crítica desse procedimento tão importante ao mesmo tempo que complexo, vez que são inúmeras as interpretações que se tem sobre o assunto gerando em alguns casos dúvidas quanto à aplicação da norma legal atinente ao referido caso.

Importante ressaltar que o tema além de polêmico, é bastante extenso, por isso inúmeros tópicos poderiam ser acrescidos, no entanto, ao mesmo tempo que tornaria cansativa a discussão prejudicaria o acadêmico em sua apresentação.

Embora seja um trabalho de revisão bibliográfica que não esgote o conteúdo, sem dúvidas o mesmo descreve e analisa a referida situação, tão problemática no ordenamento jurídico.

A nova legislação falimentar demonstra a preocupação do Estado em relação à tentativa de resguardo da atividade empresária, que muitas vezes é visto como poder-dever, quando na verdade, não afasta a discricionariedade do magistrado, quando da homologação do plano de recuperação judicial..

Este trabalho advém em momento relevante. A globalização tem demonstrado suas conseqüências, com a redução cada vez mais prematura da permanência das empresas no cenário econômico.

Porém, muito embora se entenda por protecionista a nova legislação falimentar, tem-se que a mesma não afastou a discricionariedade do juízo no peso final de manutenção ou não da atividade empresária.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de falência e recuperação de empresa. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentário à Nova Lei de Falências e de Recuperação Judicial de Empresas. 6ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOLEDO, Paulo F.C. Salles de et. al. Comentários à Lei de recuperação de empresa e falência/coordenadores. – 4ª Ed. Ver. atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Curso de Direito Empresarial. 4ª ed. rev. ampl. Atual. Bahia: Jus Podivm. 2010.

MANDEL. Júlio Kahan. Entrevista ao jornal econômico-SP (Legislação e Tributos-opinião Jurídica, de 1º.11.06, p. E2).

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito falimentar. 17.ed.1.v. São Paulo:Saraiva, 1998.

VALVERDE, Trajano De Miranda. Comentários à Lei de Falência.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova lei de falências e recuperação de empresas. 2005. São Paulo: Atlas.

BRASIL. Site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm).

BRASIL. Site - <http://falimentar.blogspot.com/2008/06/principios-fundamentais-da-nova-legislao.html>.

BRASIL. Site - [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm).

RESENDE. Adeilda Coelho. Site <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista2/artigo18.htm>.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo X. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA. Luiz Antônio Guerra da, Revista Consulex. Ano IX – n.º196.

SZKLAROWSKY. Leon Frejda. Entrevista à revista Consulex n.º 206 de 15 de março 2006.

19196129